

DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD. ALGUNAS REFLEXIONES DERIVADAS DEL ANÁLISIS DE LA DISCAPACIDAD DESDE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS

RAFAEL DE ASÍS
Universidad Carlos III de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Aunque en la actualidad y desde hace ya unos años, es un lugar común abordar la cuestión de la discapacidad desde la teoría de los derechos, es importante ser conscientes, por un lado de que no siempre esto ha sido así, y por otro, de que existen diferentes teorías de los derechos, distintas formas de entenderlos y, por tanto, diferentes formas de proyectarlos sobre la cuestión de la discapacidad. En este breve trabajo me ocuparé de señalar algunos de los rasgos del enfoque de los derechos que considero adecuado para abordar los derechos de las personas con discapacidad. Por razones de espacio, me detendré sólo en algunos aspectos que considero esenciales y que, en lo básico, se presentan como referentes a la hora de tratar esta problemática.

La cuestión de la discapacidad es una de las típicas cuestiones que poseen una fuerte carga emotiva. Sin lugar a dudas, la justificación de una serie de acciones destinadas a paliar o suprimir las dificultades con las que se encuentra un colectivo como el de las personas con discapacidad en el ámbito social, se presenta como algo evidente. Y ello es así a pesar de tratarse de un colectivo difícil de identificar, formado por sujetos que pertenecen a él en virtud de rasgos diferentes y, además, de un colectivo falto, en ocasiones, de identidad y definido heterónomamente.

En efecto es un colectivo falto, en ocasiones, de identidad ya que, a diferencia de otros, no existe siempre un sentimiento de pertenencia a dicho colectivo por parte de sus miembros. Y ello es debido, seguramente, a que se trata de un colectivo, como decía, definido heterónomamente, esto es desde fuera. Esta heteronomía implica tanto una ausencia de identidad como el manejo de una serie de estereotipos que condicionan la visión de la persona con discapacidad y que dificultan ese sentimiento de pertenencia.

Agustina Palacios, ha señalado como en la historia, la atención al sujeto discapacitado ha pasado por varios momentos, que pueden agruparse en diferentes modelos¹. Siguiendo, en lo básico, el enfoque de esta profesora, hasta época muy reciente era posible hablar de dos grandes modelos, el de la prescindencia y el médico. Ambos manejaban una visión negativa de la discapacidad. El primero, en términos generales se caracterizaba por la consideración de la discapacidad como una situación producto de un castigo divino o natural y por la defensa de la necesidad de acabar con la propia vida de las personas discapacitadas o, en el mejor de los casos, por la defensa de la necesidad de marginarlas. El segundo, a diferencia del anterior, entendía la discapacidad como una anomalía que no tenía su origen en un castigo sino en una imperfección física o psíquica natural o provocada, que situaba a algunos sujetos por debajo de unos niveles que se consideraban como normales. Ahora bien, las consecuencias de este modelo se traducían en muchos casos, de nuevo, en la marginación de este colectivo, aunque en ocasiones también en la defensa de una serie de medidas dirigidas específicamente a paliar los problemas en los que se encontraban las personas con discapacidad. No es difícil imaginarse, desde estos dos modelos, como la pertenencia a ese colectivo como rasgo identitario sea algo no deseado.

Se trata de dos modelos que todavía hoy están presentes, al menos, en la percepción social de la discapacidad e, incluso en sus enfoques teóricos y académicos. Y ello a pesar de que ya en el modelo médico se comienza a abordar la cuestión de la discapacidad desde los derechos humanos.

¹ Vid. A. PALACIOS, "El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables", en I. CAMPOY (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, col. "Debates del Instituto Bartolomé de las Casas", núm. 2, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 187 y ss.

Sin embargo, en la actualidad se ha comenzado a hablar del modelo social, desde el que la discapacidad deja de ser entendida como una anormalidad del sujeto, y comienza a ser contemplada más bien como una anormalidad de la sociedad. Y ello se hace, de nuevo, de la mano de los derechos humanos.

Los derechos humanos han venido siendo utilizados, por tanto, para abordar la cuestión de la discapacidad. En la actualidad, es difícil encontrarnos con planteamientos que nieguen la necesidad del establecimiento de medidas dirigidas a disminuir las dificultades con las que se encuentran las personas con discapacidad en lo referente al disfrute de los derechos. Sin embargo, cuando se pasa a analizar su alcance y su proyección en otras situaciones y personas, o, incluso, cuando se trata de justificarlas de una manera concluyente, o cuando se ponen al descubierto los presupuestos en los que estas medidas se basan, la cuestión adquiere una mayor complejidad. En este sentido, más allá de esa primera impresión, que vendría a decir algo así como que todos somos conscientes y partidarios de elaborar políticas no discriminatorias en materia de discapacidad, es importante abordar la cuestión de la discapacidad de una manera integral en el ámbito de un discurso racional que utilice un concepto de derechos humanos también integral.

He venido señalando cómo los derechos humanos han estado presentes en la historia reciente para tratar la cuestión de la discapacidad. No obstante, esta presencia ha sido en ocasiones nominal y poco meditada. Hay una cierta distancia o si se quiere una escasa comunicación entre la teoría de los derechos y la normativa sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por un lado, la teoría de los derechos (sobre todo la que trata cuestiones de concepto, fundamentación e historia) no ha tratado ni suficientemente ni seriamente la cuestión de la discapacidad, y por otro, la regulación jurídica de dicha cuestión (incluso también el tratamiento social) se ha elaborado a espaldas de una teoría de los derechos consistente. En este sentido, es necesario acercar ambos ámbitos, comunicar, como en otras tantas cuestiones, la teoría con la práctica. Ciertamente, este problema necesita soluciones prácticas, y seguramente de expertos en sociología, psicología, ciencias de la educación o Derecho positivo. No obstante, también es cierto que esas soluciones

prácticas deben estar apoyadas en razones y dentro de un marco genérico que sea coherente desde un punto de vista teórico.

2. EL ENFOQUE DE LA DISCAPACIDAD

He señalado como es necesario acercar teoría y práctica. Me interesa, en este trabajo el aspecto teórico, aspecto que, como también he señalado, no se ha proyectado de manera seria y suficiente sobre esta cuestión. En este sentido, en este punto destacaré dos de los equívocos desde los que se aborda la discapacidad y que dificultan la adopción de un enfoque correcto de la misma desde la teoría de los derechos.

La solución está en el Derecho

No cabe duda de que el Derecho constituye una de las principales herramientas de organización y dirección de la vida social (tal vez la principal). En la actualidad no sería exagerado afirmar que vivimos en el ámbito del Derecho, un momento de exaltación de la idea de no discriminación con diferentes proyecciones una de las cuales tiene que ver con el colectivo de las personas con discapacidad. En ese contexto se afirma la necesidad de llevar a cabo una serie de medidas al hilo de las dos grandes proyecciones del principio de igualdad jurídica (la diferenciación negativa y la diferenciación positiva).

La igualdad como diferenciación negativa supone un trato igual de circunstancias o situaciones diferentes que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de las normas. Es lo que podríamos denominar como el trato igual de situaciones no idénticas o también la igualdad como no discriminación. En relación con los derechos implica la no diferenciación en lo referido a su titularidad, ejercicio y garantías. En todo caso, esta proyección no se entiende sin la siguiente. La igualdad como diferenciación positiva, supone un trato diferente de circunstancias y situaciones que se consideran relevantes.

Un aspecto problemático de la igualdad como diferenciación negativa es el de la llamada discriminación indirecta, que se produce cuando tratos formalmente neutrales inciden negativamente sobre un grupo o una clase de sujetos. Por su parte, lo problemático de la igualdad como diferenciación positiva radica en que se presenta como discriminación directa.

Aunque normalmente se tiende a justificar sólo la diferencia y no el trato uniforme, seguramente por la presencia de la idea de igualdad formal en el propio concepto de Derecho (aspecto sobre el que no puedo detenerme), tanto la diferenciación negativa cuanto la positiva presuponen un juicio de relevancia y de razonabilidad, y esto es precisamente lo esencial en su justificación. En efecto, el juicio de relevancia y razonabilidad no es otra cosa que el intento de presentar razones que permitan apoyar una u otra medida (lo que nos advierte sobre la importancia del examen de la idea de dignidad y de los discursos de fundamentación y justificación de los derechos).

La incursión de la discapacidad en el contexto de las políticas jurídicas igualitarias ha provocado, la aparición de normas que recogen una serie de principios apoyados y justificados en la idea de razonabilidad. Un buen ejemplo de ello lo constituye Ley española 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

Me parece importante subrayar que medidas normativas, como la Ley española 51/2003, constituyen mecanismos enormemente útiles en el sentido de que solucionan problemas reales y actuales, pero también es cierto que no resuelven cuestiones de fondo que afectan incluso, a la propia forma de entender y considerar a los seres humanos. Es decir, a pesar de que las medidas de diferenciación negativa o de diferenciación positiva en relación con el colectivo de las personas discapacitadas son realmente útiles y están plenamente justificadas, es necesario ir más allá y abordar la cuestión de la discapacidad de una manera integral, es necesario analizar esta cuestión en un ámbito que supere el de las medidas concretas y casuísticas.

En este sentido, el Derecho puede ser útil para arreglar situaciones inmediatas o para solucionar situaciones a medio plazo, pero en muchos casos, estas medidas se desenvuelven desde unos presu-

puestos, desde una forma de entender la discapacidad cuestionable o en un contexto social (y puede añadirse, intelectual), también cuestionable. En definitiva, no basta con el Derecho. Son necesarios cambios sociales y, dentro de ellos, cambios en la forma de concebir a los seres humanos y su papel en la sociedad (aunque para ello el Derecho sea de nuevo una herramienta también apropiada). El logro de estos cambios permitirá, sin duda, una mayor eficacia de las medidas jurídicas y el apoyo de éstas en planteamientos íntegros y coherentes.

La propiedad de la discapacidad

Creo que existe también un cierto malentendido cuando se abordan cuestiones de este tipo, y que consiste en afirmar que los principales actores del discurso tienen que ser precisamente las personas discapacitadas. Pues bien, sobre ello, sólo diré que, independientemente de que todo análisis de la cuestión de la discapacidad exige tener en cuenta a los sujetos discapacitados, no son sólo estos los que deben intervenir. Al igual que las cuestiones de la igualdad de la mujer o de la igualdad de los inmigrantes, no son cuestiones que afectan sólo a estos colectivos, la cuestión de la discapacidad afecta tanto a las personas con discapacidad como a los que podríamos denominar como “capacitados”. Evidentemente esto es así si tenemos en cuenta como afectan estas situaciones a los sujetos del entorno de las personas discapacitadas, pero no es sólo esto a lo que me quiero referir. Lo que quiero señalar es que la situación de estas personas nos afecta a todos y, por tanto, nos interesa a todos, y no sólo a este colectivo, a sus familiares o a sus representantes. No es una cuestión que pertenezca, por ejemplo, a las organizaciones representativas de este colectivo. Por cierto, y aunque no me detendré en ello, es importante también que estas organizaciones se abran a la sociedad, estén en contacto con el pensamiento social, y lleven a cabo planteamientos integrales.

Ciertamente, lo anterior tiene que ver con uno de los significados del principio de transversalidad que normalmente se utiliza al tratar la cuestión de la discapacidad, pero tiene que servir también para atemperar un uso incorrecto de llamado principio de “diálogo

civil”, que aparece también como inspirador de la política en materia de discapacidad, y que no creo que deba ser situado en el mismo plano que el resto de los principios. Así, según establece la Ley española antes aludida, se trata de un principio “en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad”. Pues bien, considero por un lado que este principio debe estar supeditado al principio de vida independiente (esto es al reconocimiento del valor de la autonomía privada y pública de la persona con discapacidad, lo que implica que por encima de las organizaciones y de las familias está el individuo); y por otro, que no puede ser interpretado en el sentido de que la cuestión de la discapacidad deba estar abierta sólo a los colectivos de los discapacitados.

En definitiva, junto al hecho importante de dar visibilidad y voz a las personas con discapacidad en el diseño del modelo de sociedad que queremos, no debemos perder de vista que en ese trabajo debemos participar todos tanto porque se trata de una cuestión que nos afecta a todos cuanto porque se trata de una cuestión que nos debe interesar a todos.

3. EL ENFOQUE DE LA DISCAPACIDAD DESDE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS

He señalado que, aunque no siempre ha sido así, en la actualidad es habitual enfrentarse a la cuestión de la discapacidad, tomando como referencia a los derechos humanos. Pues bien, en este punto me detendré, en primer lugar, en la cuestión relativa a la utilidad de la teoría de los derechos, y en segundo lugar, en la cuestión relativa a qué tipo de teoría de los derechos debe ser la que debemos adoptar cuando abordemos la cuestión de la discapacidad.

Ocupémonos de las garantías y dejemos la filosofía

Resulta habitual afirmar que el enfoque filosófico de los derechos aborda, de manera principal, asuntos que tienen que ver con su concepto y su fundamento².

Plantearse el fundamento de los derechos es preguntarse cuáles son las razones o motivos con los que se pretende afianzarlos y asegurarlos. Básicamente consiste en responder a la pregunta sobre el ¿por qué de los derechos? El problema del concepto se refiere precisamente a la descripción de los derechos. Consiste, en nuestro caso, en responder a la pregunta ¿qué son los derechos? Se trata de dos cuestiones estrechamente relacionadas. En efecto, todo concepto de los derechos presupone una toma de postura sobre su justificación; por su parte, toda justificación parte de un concepto previo de los derechos.

Los derechos humanos suelen justificarse apelando a razones de naturaleza ética, necesitan del apoyo del Derecho para ser efectivos, y poseen una indudable trascendencia en el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Entender así los derechos, implica afirmar que la cuestión del fundamento es de tipo ético, esto es, el problema del fundamento de los derechos forma parte de una discusión que se desenvuelve en el ámbito de la ética; mientras que el problema del concepto de los derechos, forma parte de una discusión que se desenvuelve tanto en el ámbito de la ética como en el del Derecho.

Ahora bien, conviene subrayar como estas cuestiones, en ocasiones, se resuelven desde una perspectiva funcional, es decir, se contestan desde el “para qué”. En este sentido, es habitual proceder a justificar los derechos por la función moral que realizan, así como también lo es concebirlos como normas que se caracterizan por una determinada estructura fruto de su función en el Ordenamiento jurídico.

Los problemas relativos al concepto y al fundamento de los derechos suelen ser dejados a un lado. En ocasiones se afirma que se

² Vid. mi trabajo R. DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, col. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 17, Madrid, 2001.

trata de cuestiones imposibles de resolver, pero también hay quien opina que son problemas ya resueltos (máxime cuando existe una Declaración Universal de derechos), o incluso que se trata de asuntos irrelevantes. Es habitual encontrarse con pronunciamientos que subrayan que lo importante hoy, en el tratamiento de los derechos, es la cuestión de su protección³. Sin embargo, la determinación de un concepto y de un fundamento de los derechos, reviste gran importancia y afecta también al problema de su protección⁴.

En efecto, es fácil advertir cómo todo sistema de garantías de los derechos está supeditado a la posición que se mantenga sobre su concepto y fundamento. Así, dependiendo de cual sea el planteamiento que se maneje se protegerán unos derechos y no otros, o se protegerán especialmente unos derechos cosa que no ocurrirá con el resto. Igualmente, la posición sobre su concepto determina el significado de los derechos y por ende la forma de garantizarlos. Normalmente es al Parlamento a quien corresponde, en principio, el desarrollo de los derechos. Pues bien, que duda cabe que este desarrollo depende del concepto y del fundamento que se maneje, de la posición del Parlamento sobre las cuestiones que antes señalaba. Y algo muy parecido ocurre cuando de lo que se trata es de aplicar o interpretar los derechos.

Los derechos se presentan en los Ordenamientos jurídicos como normas básicas materiales, esto es, como criterios o condiciones de validez de toda norma, acto o decisión jurídica. Esto, en relación con el problema de la aplicación y la interpretación, significa, de forma simple, que son la referencia que siempre hay que tener en la aplicación e interpretación de cualquier norma. Las normas que reconocen los derechos se encuentran en el nivel jerárquico superior del Ordenamiento jurídico, por lo que, son la referencia interpretativa y aplicativa del resto de las normas. Las decisiones jurídicas contradictorias con los derechos no pueden ser consideradas como válidas. Ahora bien, ¿y qué ocurre cuando de lo que se trata es de aplicar e interpretar los derechos? De nuevo aquí se deja

³ Es habitual en este sentido citar el trabajo de Norberto Bobbio, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, p. 61.

⁴ Vid. R. DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, cit., pp. 5 y ss.

ver la importancia de los asuntos que nos ocupan. El intérprete no tiene normas superiores que sirvan de límite o de guía. Las normas relativas a los derechos no posee otras normas de valor jerárquico superior, por lo que su interpretación y su aplicación expresan una forma de entender y justificar los derechos, en definitiva, una Teoría de los derechos.

¿Qué teoría de los derechos?

A pesar de la importancia de la Teoría de los derechos, la adopción de un planteamiento en ese sentido no supone un modelo de solución precisa de cualquier conflicto en los que estos están implicados o sobre las que se proyectan. Una teoría de los derechos no sirve para encontrar las reglas concretas desde las que solucionar casos problemáticos. Las teorías de los derechos suministran una información más modesta pero de igual importancia. En efecto, una teoría de los derechos, proporciona parámetros genéricos, marcos y puntos de vista generales, opciones sobre valores e incluso jerarquías entre estos.

La adopción de un punto de vista dualista

Existen diferentes formas de concebir los derechos humanos, que pueden ser clasificadas utilizando criterios distintos. Uno de estos criterios, de índole metodológica, consiste en analizar el tipo de posición dependiendo de la relevancia que concede a los aspectos jurídicos y éticos de los derechos. A través de él, es posible diferenciar entre planteamientos monistas y dualistas.

Las concepciones monistas se caracterizan por considerar a los derechos como instrumentos de naturaleza moral o de naturaleza jurídica. Es decir, existen concepciones monistas de los derechos que podríamos denominar como morales y como jurídicas. Tradicionalmente se considera que las primeras se desenvuelven en el ámbito de teorías del Derecho iusnaturalistas y las segundas en el ámbito de teorías del Derecho positivistas.

El primero de los planteamientos, el propio del tipo de aproximación iusnaturalista a los derechos, puede ser descrito, siguiendo a

Nino, por la defensa de dos tesis: una ética y otra jurídica⁵. Según la primera, existen "principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana". La tesis jurídica supone afirmar que, "un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de 'jurídicos' si contradicen aquellos principios morales o de justicia". Para este modelo de aproximación, los derechos se identificarían con los principios morales, por lo que la validez del Derecho se haría depender de su reconocimiento.

Las teorías monistas morales se diferencian entre sí por la determinación de lo moralmente relevante, esto es, por la manera en la que se justifica aquello que se considera como valioso desde un punto de vista moral; en definitiva, por los principios morales que se defienden y por su origen.

Los derechos, coincidirán para estas posiciones con esos postulados morales, o serán deducción de ellos, no siendo necesaria, desde un punto de vista conceptual, su incorporación al Derecho y presentándose además como criterios desde los que determinar la validez de las normas. De esta forma, tanto la defensa del carácter jurídico de los derechos naturales cuanto la de los llamados derechos morales, sin referencia a texto normativo jurídico, constituyen muestras de este tipo de posiciones.

El segundo de los planteamientos, el propio de algunas posiciones positivistas se caracteriza, siguiendo en esta ocasión el análisis de Bobbio, por mantener que sólo es Derecho el Derecho positivo⁶. En este sentido, y en relación con los derechos, una aproximación positivista de este tipo mantendría que para hablar de derechos humanos estos tendrían que estar incorporados al Ordenamiento jurídico, y esta sería la única exigencia. Así, en general, esta aproximación no se pronunciaría en el ámbito ético, si bien, existe un modelo que si que adopta una determinada postura en ese ámbito. Se trata del positivismo ético extremo, siguiendo, de nuevo, la terminología de Bobbio. Para este planteamiento, el Derecho por el simple hecho de ser válido es justo.

En todo caso, en relación con las teorías monistas jurídicas, es posible hacer referencia a dos grandes tipos de posiciones. Para la

⁵ C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 28.

⁶ Vid. N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.

primera, los derechos humanos son los que así se denominan en un Ordenamiento jurídico, haciendo abstracción de su justificación moral. Para la segunda, los derechos humanos son también los así denominados en un Ordenamiento jurídico, pero considerando que se trata de figuras con justificación moral, si bien, el problema de la justificación moral no es problemático.

Los planteamientos monistas presentan problemas a la hora de abordar el estudio de los derechos. El iusnaturalismo, que en la historia de los derechos ha desempeñado un papel crucial, no permite alcanzar un concepto integral de estas figuras. Además de las críticas que se pueden dirigir a este planteamiento en el ámbito de la Teoría del Derecho, el problema principal de esta posición en el ámbito del concepto de los derechos, es que deja sin abordar el papel del Derecho en la configuración de los derechos. Por su parte, la reducción del estudio de los derechos al plano exclusivamente jurídico, propia del positivismo jurídico, presenta también problemas. Aunque desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, difícilmente podrán negarse los postulados positivistas, conviene no separar de forma tajante Derecho y sociedad, pero sobre todo en lo que afecta a los derechos, difícilmente podrá desarrollarse un concepto integral sin tener en cuenta la cuestión de la justificación ética.

Las teorías dualistas, que son las que considero más acertadas, se caracterizan por considerar que no es posible comprender los derechos sin tener en cuenta que se trata de figuras que poseen una dimensión moral y una dimensión jurídica⁷. Es decir, sin tener en cuenta que se trata de instrumentos jurídicos que poseen justificación moral. Las teorías dualistas, normalmente apoyadas en una teoría del Derecho positivista, conceden importancia al Derecho pero también a la justificación moral de los derechos. En este sentido, las teorías dualistas difieren entre sí por la toma de postura que adoptan en las cuestiones que afectan a los planos éticos y jurídicos de los derechos, si bien coinciden en señalar su importancia a la hora de manejar un concepto de los mismos.

En todo caso, el modelo dualista se caracteriza por manejar ambas exigencias. Y en este punto radica uno de sus principales problemas. Las exigencias de justificación ética e incorporación al Or-

denamiento jurídico, pueden llevar consigo la necesidad de resolver si se trata de planos igualmente importantes o si prima alguno de ellos. El problema puede no tener sentido en relación con asuntos menores pero sí que lo tiene en cuestiones controvertidas. Un defensor de la aproximación dualista mantendrá que no basta con la justificación ética sino que es necesaria la incorporación de la pretensión al Derecho. Al mismo tiempo señalará que no basta con la mera incorporación al Derecho, sino que es necesario que la pretensión posea una justificación ética. Esto significa que: a) sin justificación moral no hay derecho fundamental y, b) sin incorporación al Derecho no hay derecho fundamental. Así por ejemplo, deberá afirmar que allí donde el Derecho no reconoce derechos fundamentales los ciudadanos no los poseen. E igualmente deberá reconocer la relevancia de la moral en la determinación del significado y del sentido de los derechos, y por lo tanto afirmar que aquellos derechos que el Ordenamiento jurídico considera como fundamentales, y que no tienen una justificación moral, no deben ser así denominados. Ahora bien, independientemente de lo anterior, o tal vez mejor como consecuencia de lo anterior, en la posición dualista prima de alguna manera la perspectiva ética sobre la jurídica. En efecto, como veremos más adelante, el referente ético de los derechos desempeña en este planteamiento un importante papel no sólo en las cuestiones de fundamentación, sino también a la hora de alcanzar un concepto de los derechos.

Además del problema de la prevalencia de alguno de los ámbitos, al dualismo se le presenta otro que igualmente tiene su origen en la utilización de dos perspectivas, en principio igualmente esenciales: la coherencia entre ambas. Así, no cabe describir los derechos desde un planteamiento ético a través de una serie de valores y luego abandonar estos en el ámbito jurídico (salvo, claro está que los valores abandonados no sean propuestos como identificadores de los derechos fundamentales). Es decir, uno de los problemas que se presentan a todo planteamiento dualista consiste en la necesidad de mantener las conclusiones que se originan en el ámbito de la reflexión moral cuando se aborda la perspectiva jurídica de los derechos.

En todo caso, adoptar un punto de vista dualista que todo análisis de los derechos que pretenda ser integral exige considerar que

⁷ Vid. G. PECES-BARBA et al., *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, pp. 101 y ss.

estamos ante figuras que poseen unos componentes éticos, jurídicos y políticos.

La adopción de un punto de vista universalista e igualitario

Las propuestas fundamentadoras de los derechos pueden ser clasificadas apelando a diferentes criterios. Uno de estos criterios distingue entre planteamientos universalistas y particularistas.

Las posiciones universalistas se caracterizan por manejar una idea de los derechos asociada a unos valores que se consideran válidos con independencia de contextos sociales e históricos, y que se proyectan sobre un modelo de ser humano genérico caracterizado por compartir una serie de rasgos de los que deriva su dignidad. Los derechos se presentan como instrumentos que derivan de esa ética común basada en unos valores universales y en una idea de ser humanos también universal. Con carácter general, este tipo de posiciones se traducen en la defensa de una serie de derechos válidos de manera universal. Por su parte, las posiciones particularistas, manejan una idea de los derechos asociada a unos valores presentes en contextos sociales e históricos y que se proyectan en un modelo de ser humano concreto y contextualizado. El fundamento de los derechos debe tener en cuenta los diferentes contextos sociales e históricos, la particularidad de cada contexto, por lo que no es posible referirse a la existencia de una ética común ni de un concepto de ser humano genérico, desde las que fundamentarlos.

Por ello Pues bien, cuando se abordan cuestiones como la de la discapacidad, es habitual encontrarse con posiciones que consideran que las teorías de los derechos que poseen un perfil universalista no son aptas y que se hace necesario llevar a cabo discursos particularistas o exaltadores de la diferencia. En efecto, existe una cierta tendencia en los estudios que abordan la cuestión de los derechos de las personas con discapacidad, y en general en los trabajos referidos cuestiones que tienen que ver con la no discriminación, que va en la línea de criticar posiciones universalistas que por su nivel de abstracción no atienden las situaciones concretas de los individuos. Ciertamente, este tipo de posiciones llaman la atención sobre el hecho de que los individuos titulares de los derechos son

sujetos contextualizados, con necesidades concretas y situados en un ámbito espacial determinado. Y en este sentido, creo que se trata de una tendencia que sirve para atemperar ciertos tipo de posiciones teóricas sobre los derechos excesivamente abstractas. Sin embargo de ahí no tiene por qué derivarse como consecuencia, la necesidad de abandonar un tipo de posición universalista. El discurso universalista, está de por sí abierto a las cuestión de la diferencia, y es el marco adecuado para el estudio de la cuestión de la discapacidad.

Otra clasificación de las propuestas fundamentadoras de los derechos surge de la comparación de las posiciones liberales con otros tipos de posiciones. Ciertamente resulta difícil en la actualidad caracterizar de manera general y sin matices, lo que podríamos considerar como una propuesta estrictamente liberal, en el sentido de que prácticamente todas son deudoras de este planteamiento. En todo caso, y siendo conscientes de ello, es posible diferenciar entre planteamientos liberales y planteamiento igualitarios.

Esta distinción radica en la diferente manera de jerarquizar los referentes éticos de los derechos y en las consecuencias que ello tiene en relación con la manera de estructurar las relaciones sociales. En efecto, las posiciones liberales se caracterizan por subrayar la importancia de la autonomía individual como rasgo fundamental de todo ser humano, que solo puede ser cuestionado cuando entre en colisión con la propia autonomía de otro. Ello implica manejar una idea de derechos como instrumentos que favorecen una idea de libertad como no interferencia. Por su parte, las posiciones igualitarias, sin menoscabar la relevancia de la autonomía, centran su atención en la existencia de impedimentos reales que dificultan su uso y que justifican la imposición de límites a la autonomía de otros y, en general, el desarrollo de medidas que ayuden a paliar dichos impedimentos. La libertad como no interferencia necesita de la satisfacción de una serie de necesidades, para que todos puedan alcanzarla, que sólo se logra desde atención a la situación real de los sujetos.

Pues bien, considero que una teoría correcta de los derechos debe seguir esta segunda vía. Y ello no sólo porque considero que la libertad como no interferencia necesita para su desarrollo íntegro de la libertad real, sino, además, porque considero que la adopción

de un punto de vista igualitario es una exigencia ineludible de un discurso sobre los derechos que quiera ser mínimamente coherente.

La adopción de un punto de vista integral y coherente

El examen de la discapacidad es una de esas cuestiones que sirven para sacar a la luz, algo que en ocasiones ocurre cuando se abordan problemas relativos a los derechos humanos: la incoherencia de las teorías, de la legislación e, incluso, de las propias pretensiones de sujetos y colectivos.

El marco teórico fundamentador de los derechos está basado en el ideal ilustrado de la dignidad humana⁸. Pues bien, considero necesario matizar ese marco con el objeto de lograr una teoría de los derechos coherente.

No es posible negar el papel fundamental de la Ilustración en la configuración de la idea de los derechos y de su garantía. Se trata de un papel que aún hoy conserva su vigencia. Los valores de la Ilustración conservan su importancia y siguen siendo el mejor camino para abordar aquellas cuestiones que tienen que ver con el logro de una vida humana digna.

No obstante, y desde los propios presupuestos de esos ideales, es importante cuestionarse y matizar algunos de los principios inspiradores de los mismos y, en concreto, la construcción de la idea de dignidad humana que, al mismo tiempo que sirvió para proteger la integridad física y moral de la mayoría de las personas, también tuvo como consecuencia la estigmatización de algunos colectivos (los diferentes).

El ideal de la dignidad humana va asociado con el modelo de ser humano ilustrado, caracterizado por la posesión de una serie de rasgos asociados a patrones estéticos y éticos. El modelo de ser humano de la Ilustración, se apoyaba en una patrones basados en la perfección (esto no era una novedad), puesta al servicio del logro de diferentes ideales que se lograban mediante la utilización de esos patrones. Así, la idea de dignidad humana, en este contexto, se apo-

⁸ Vid. G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, col. Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 26, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 28 y ss.

yó en un ser caracterizado por la capacidad y por el desempeño de un determinado papel social. Y ello, se trasladó a la concepción de los derechos.

En efecto, la teoría de los derechos humanos ha estado cimentada sobre un modelo de individuo caracterizado, principalmente, por su "capacidad" para razonar, por su "capacidad" para sentir y por su "capacidad" para comunicarse. Es ese modelo el que constituye (el que ha constituido tradicionalmente) el prototipo del agente moral, esto es, el prototipo del sujeto capacitado para participar en la discusión moral. La proyección de ese modelo en el contexto moral, implica orientar esas capacidades hacia la cuestión moral, que no es otra que el logro de la felicidad o, si se prefiere, el logro de un plan de vida. Es a esto a lo que solemos denominar como "capacidad" moral, siendo también un rasgo identificador de los individuos, como agentes morales⁹.

Esos atributos se presentan como argumentos que avalan la posibilidad de hablar de la dignidad humana y, desde ellos, se justifica la existencia de derechos cuya principal función es la de proteger el desarrollo de esa dignidad, en definitiva, de esas capacidades. Los derechos se presentan así como mecanismos que protegen el desenvolvimiento de la dignidad, principalmente limitando, restringiendo o eliminando las barreras que el uso de las "capacidades" puede encontrar.

Por otro lado, el ejercicio de esas capacidades, se suele poner en conexión con el papel que el individuo lleva a cabo en sociedad. Dicho de otra manera, la idea de dignidad humana, claramente en el mundo antiguo pero igualmente en el moderno, suele relacionarse con el papel social de las personas. La idea de capacidad sirve en la medida en que los individuos son "útiles" para la sociedad y la comunidad, en la medida en que es posible obtener ciertos frutos sociales desde la actuación de las personas. Ciertamente, en el mundo moderno, se ha disminuido de alguna forma la radicalidad de esa afirmación, sobre todo a partir de la idea de que las personas no deben ser tratadas como medios sino como fines (Kant). Pero todavía en nuestros días, seguimos de alguna manera valorando a las personas utilizando esos referentes.

⁹ Op., cit., pp. 65 y ss.

Pues bien, considero importante replantearnos esta construcción; cuestionarnos en definitiva ese modelo de ser humano digno. A ello dedicaré el siguiente punto, pero antes de hacerlo, creo importante llevar a cabo dos reflexiones. La primera en la línea de cuestionar, al hilo de lo anterior, el enfoque tradicional de la teoría de los derechos que concibe la cuestión de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito del llamado proceso de especificación.

Como es sabido, los análisis de los distintos procesos históricos de los derechos, suelen coincidir en subrayar la existencia de cuatro grandes procesos: el de positivación, el de generalización, el de internacionalización y el de especificación¹⁰. Este último se caracteriza por la aparición de derechos que se predicen como propios de determinados colectivos o de sujetos que se encuentran en determinadas circunstancias. Los análisis recientes de la discapacidad, en conexión con los derechos humanos, siguen esta vía. Los derechos de las personas con discapacidad expresan ese proceso de especificación, desde el que se presta atención a situaciones concretas en las que se encuentran individuos o grupos.

No obstante, este tipo de aproximación debe ser cuestionada. Abordar la discapacidad en el ámbito del proceso de especificación es consecuencia, precisamente, de lo que antes señalé relativo a la definición heterónoma del colectivo de las personas con discapacidad y, también, trae consigo y perpetúa la idea del sujeto discapacitado como ser especial, fuera de lo normal. En este sentido, me parece más apropiado matizar este enfoque y abordar la cuestión de la discapacidad en el ámbito del proceso de generalización y desde sus presupuestos. De lo que se trata es de generalizar la idea de los derechos, aunque esto exija medidas específicas. El proceso de generalización en lo básico, supone la extensión de la satisfacción de los derechos a sujetos y colectivos que no los poseían. Como es sabido, el origen histórico de los derechos está asociado a una clase social, la burguesía, y la satisfacción de los derechos no es, en ese momento, universal. Los derechos son reconocidos íntegramente a sujetos que poseen una serie de características, económicas, de género, etc. Aunque en el proceso de positivación (anterior en su origen al de generalización) se habla de la igualdad, no se tra-

ta de una igualdad universal. El proceso de generalización es el intento de compaginar la idea de igualdad formal con la de la universalidad, y con ello extender la satisfacción de los derechos a todos los sujetos. Pues bien, este es el enfoque adecuado de la discapacidad. El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad no se apoya en el reconocimiento de la especificidad de unos sujetos desde la que se justifica la atribución especial de derechos, sino en la necesidad de generalizar la satisfacción de los derechos a aquellos que no los tienen satisfechos.

La segunda de las reflexiones tiene que ver con la importancia ya manifestada de la igualdad y con la demanda de un uso coherente de la misma. La cuestión de la discapacidad, cuando se aborda desde un punto de vista teórico (necesario siempre para la justificación y determinación de la práctica), debe ser abordada desde un discurso integral sobre la no discriminación. Esto es, es importante abordar esta cuestión de manera compatible con la proyección de la no discriminación en otras cuestiones que, aun siendo diferentes, son también importantes. Así por ejemplo, considero desacertado mantener un planteamiento no discriminatorio en relación con las personas con discapacidad, pero discriminatorio en cuestiones de sexo, de raza o de religión. No me parece acertado, por ejemplo, proteger a la persona discapacitada de una determinada nación y no a la que lo es de otra, o justificar la protección a la persona discapacitada aludiendo a la dificultad que esta puede tener para satisfacer un derecho y no hacerlo en relación con otra persona no discapacitada (mujer, inmigrante, mayor, niño, etc.).

4. SOBRE LA DIGNIDAD HUMANA

Desde la forma de concebir la idea de dignidad humana antes apuntada, podríamos pensar que la inclusión en este discurso de una idea de individuo discapacitado, no tendría sentido, o como mucho lo tendría como objeto de la discusión pero no como sujeto. En el mundo moral participarían individuos dignos, esto es, capaces de razonar, sentir y comunicarse, que orientarían estas capacidades hacia el logro de diferentes planes de vida y que desempeñarían un papel determinado y útil para la sociedad o para la comunidad.

¹⁰ Vid. G. PECES-BARBA, et al., *Curso de derechos fundamentales*, cit.

Aquellos que no tuvieran esas capacidades podrían tener atribuidos derechos, pero no justificados desde la idea de dignidad humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces al considerarlos como merecedores de dicha atribución.

Pero obviamente, la conclusión anterior aunque puede presentarse como coherente con la forma clásica de entender la idea de dignidad humana, debe ser matizada. Es cierto que el discurso de los derechos y el mismo discurso sobre la dignidad humana parten de ese modelo como modelo estándar pero, sin embargo, ese modelo no agota (no debe agotar) la idea de individuo ni la del agente moral. En primer lugar porque esos rasgos relativos a la idea de capacidad son graduales, relativos y abstractos; y en segundo lugar, porque debemos manejar una idea de individuo previa al examen de su papel en la sociedad. Este examen es, sin duda, relevante pero no tiene que condicionar el discurso (no puede hacerlo en un primer momento). Dicho en otros términos, existen una serie de criterios definitorios de la idea de dignidad y del valor de los individuos que está por encima del papel que se le asigne o cumplan estos en la sociedad.

El marco en el que se desenvuelve la idea de dignidad: la libertad y la igualdad

Es necesario, por tanto replantearse ese concepto de dignidad humana. Y esta tarea debe hacerse desde los referentes del propio discurso de los derechos. En este punto, señalaré algunos de los referentes desde los que es posible llevar a cabo ese replanteamiento.

Partiré desde la utilización del propio término de sujeto moral que, como se recordará, era el empleado para la construcción de la idea de dignidad humana moderna y contemporánea. Se trata, sin duda, de un término abstracto, con el que se pretende identificar a los seres dotados de libertad de elección y por tanto con posibilidad para elaborar planes de vida. Su comprensión puede ser facilitada de la mano de lo que G. Peces-Barba denomina como dinamismo de la libertad¹¹.

¹¹ Vid. G. PECES-BARBA, "Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho", en J. MUGUERZA, et al, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 271.

El dinamismo de la libertad es utilizado por G. Peces-Barba para caracterizar la vida moral de los sujetos y constituye un presupuesto del discurso ético moderno. Hablar del individuo como sujeto moral supone considerar a los hombres y mujeres como elementos esenciales del discurso moral; como sujetos racionales capaces de elaborar y proponer planes de vida y de llevarlos a la práctica. Esto implica entender que los sujetos morales poseen fácticamente capacidad para elegir (libertad de elección) y que orientan su existencia hacia la consecución de determinados planes de vida (libertad moral).

La libertad de elección constituye un presupuesto de cualquier reflexión moral. Se trata de la capacidad de elección propia de la condición humana, que encuentra limitaciones sobre todo en lo que se refiere al medio social y cultural histórico en el que se desarrolla. En cualquier caso debe ser contemplada como un aspecto formal que no se refiere a elecciones concretas y que posee un valor que se proyecta en todos los seres humanos de forma igual, por lo que incluso hace abstracción de ese marco social y cultural.

Por su parte, la libertad moral, es un momento utópico en la vida de los individuos, ya que es aquel en el que estos ven realizado su proyecto vital. No se trata de un momento cerrado. El proyecto vital no se cierra en el tiempo sino que es en su historia donde se va perfilando. Igual que en el caso anterior, la libertad moral debe ser en principio entendida sin contenidos, o mejor, con todos los contenidos posibles. En la libertad moral, como idea formal, puede ser incluido cualquier plan de vida. Por otro lado, esta idea de libertad moral posee un valor que se proyecta en todos los seres humanos de forma igual, esto es, en principio, no cabe establecer diferencias entre seres humanos en lo referente a la libertad moral.

El presupuesto que tomo como referencia, se identifica con esta construcción del dinamismo de la libertad. Se trata en principio, como vengo subrayando, de un marco formal. En efecto, este dinamismo nada dice de elecciones posibles ni, por tanto, mucho menos de derechos. Sin embargo, es importante advertir que la propia construcción, y su identificación con el marco de la moralidad, posee ciertos contenidos sustanciales.

En efecto, el dinamismo de la libertad parte de una determinada consideración del individuo de carácter mínimo, que se traduce en la idea de dignidad, y que puede entenderse a través de la relación

del concepto de individuo con la libertad de elección. La libertad de elección lleva aparejada una serie de condicionantes sin los cuales no es posible su desarrollo y que constituyen requisitos previos de toda discusión moral. La posibilidad de elegir exige el reconocimiento de la realidad de la persona y por tanto la posibilidad de su existencia, lo que implica la satisfacción real de ciertas necesidades básicas (que pueden ser distintas dependiendo de la situación real del sujeto). Estos requisitos previos afectan exclusivamente a la posibilidad de subsistir, lo que se traduce en el reconocimiento de la integridad física.

La integridad física es pues una dimensión objetiva del marco moral, y se encuentra así en su misma noción, ya que toda actuación moral va a requerir la existencia de los seres humanos. Este carácter objetivo se traduce en una exigencia sustantiva delimitadora de lo moral: si la integridad física es precondition del discurso moral, no parece lógico permitir un ejercicio de la libertad de elección que vaya en contra de ella. De esta forma, el discurso moral, descrito a través del dinamismo de la libertad, pasa a tener un componente sustantivo en el sentido de apartar de la discusión moral toda actuación dirigida a acabar con la vida humana, esto es, con la libertad de elección. Y con ello lógicamente se restringen posibles contenidos de libertad moral. No cabe integrar en el discurso moral planes de vida que acaben con la libertad de elección de otro sujeto.

En todo caso, la construcción del dinamismo de la libertad trae consigo también otro componente que se deduce igualmente de la relevancia que se concede a la libertad de elección. Valorar la libertad de elección implica valorar su uso (autonomía) y su posibilidad (independencia). Al igual que el componente anterior se traducía en la exigencia de respeto a la integridad física, este puede traducirse en la exigencia de respeto a la integridad moral (autonomía e independencia).

Estos componentes se proyectan de forma igual en todos los sujetos morales. Y en este sentido, en este marco moral en el que se sitúa el discurso sobre los derechos, la idea de igualdad desempeña un papel crucial. La construcción de los derechos que se origina desde lo que he denominado como dinamismo de la libertad, parte de una idea de igualdad que se traduce en la consideración igual de todo ser humano, lo que implica proyectar las exigencias que de ella se deducen en todo sujeto moral.

Tal vez sea importante subrayar que el componente sustantivo se refiere a la libertad de elección y no a las posibles elecciones resultado de esa libertad. Es decir, lo que limita es la actuación de otros dirigida a acabar con la libertad de elección de un sujeto pero no la elección concreta de un sujeto dirigida a acabar con su propia libertad. Lo primero es un presupuesto de la posibilidad de elección; lo segundo una consecuencia. Esto último forma parte ya de la discusión histórica sobre los contenidos y decisiones posibles en el camino hacia la libertad moral, y en el camino hacia el logro de una vida humana digna, que es algo que se desarrolla en lo que denominaré como marco moral público.

El marco moral implica pues la defensa de una idea de individuo como sujeto moral lo que supone considerar a este como ser dotado de libertad de elección y con una vida orientada hacia el logro de planes de vida (libertad moral), únicamente limitados por el respeto a la integridad física y moral del resto de los sujetos (por el respeto a la libertad de elección de los otros).

De esta forma, existe un núcleo básico de los derechos, en cuanto figuras con relevancia ética, en el que estos se insertan, que constituye el marco de lo moral y que está compuesto por cinco ideas: libertad de elección, autonomía individual, independencia, satisfacción de necesidades básicas y consecución de planes de vida. A pesar de que es posible afirmar que los derechos se justifican por la función que desempeñan, en la evolución y desarrollo de la humanidad, para el logro de una vida humana digna, existe un contenido mínimo delimitador. El discurso de los derechos se mueve desde el reconocimiento en los seres humanos de su posibilidad de elegir diferentes planes de vida, limitada sólo por su incidencia en la efectiva posibilidad de elección de otros, esto es, por su incidencia en la satisfacción de necesidades básicas de otros. Un discurso que se sale de estos parámetros no puede estar relacionado con los derechos. Se estará hablando de otra cosa pero no de derechos.

Se trata de un presupuesto abstracto, que sirve para identificar la idea de dignidad humana (en un sentido mínimo y negativo)¹², y que vale para todo momento relacionado con los derechos, en tanto

¹² En efecto, esta idea se expresaría como sigue: "es contrario a la dignidad humana aquello que provoca que el sujeto moral no pueda ver satisfechas sus necesidades básicas o aquello que impida que pueda mantener su capacidad de elección".

que establece los límites de lo moral. Su relevancia es fundamental: tanto en el plano doctrinal, como en el legislativo, como en el judicial, toda referencia a los derechos debe respetar esos mínimos para poder ser considerada como compatible con su discurso.

Se logra una vida humana digna cuando el ejercicio de esas capacidades orientado hacia el logro de un plan de vida se lleva a cabo de una forma satisfactoria para el agente en cuestión. El logro de la libertad moral necesita de una serie de instrumentos, algunos de los cuales no tendrán otra misión que la de sentar las bases para que los individuos puedan alcanzar esa libertad, es decir, sentar las bases para el logro de una vida humana digna. Entre estos últimos es posible diferenciar los que poseen una proyección individual, es decir, varían dependiendo del sujeto (libertad individual), de los que poseen una proyección social y pública fruto de acuerdos entre individuos que una vez establecidos llegan a independizarse de sus autores (libertad social). Ahora bien, en esta categoría hay instrumentos no juridificados (libertad ético-social) e instrumentos juridificados (libertad jurídico-social). Existen así instrumentos de carácter individual y social que facilitan el logro de una vida humana digna pero que no tienen cabida en el Derecho. Los derechos son instrumentos juridificados.

Los derechos constituyen uno de los contenidos de la libertad y, en este sentido, se presentan a la vez como límite de determinados planes de vida pero también como promotores de otros. La identificación de la libertad jurídica con los derechos supone añadir contenidos a ese marco moral e implica, por tanto, caracterizar y limitar los contenidos posibles de la libertad moral y con ello algunas expresiones de la autonomía individual.

En todo caso, conviene no confundir estos contenidos de la libertad instrumental, los derechos, con la libertad moral. Esta es un fin mientras que los derechos son instrumentos o medios. Por otro lado, tampoco hay que confundir los derechos con la libertad de elección y con las consecuencias de su valor, que se traducen en la idea de dignidad humana. Esta constituye un presupuesto de su discurso; mientras que los derechos son instrumentos para proteger el desarrollo y la posibilidad de esa libertad, estos es, instrumentos para el logro de una vida humana digna.

Los derechos van a servir para definir cómo debe ser el marco público de la moralidad, esto es, van a servir para establecer cómo debe ser una estructura de moralidad y de juridicidad que garantice y respete la proyección pública del marco moral y sus componentes¹³. Y así, en este punto, no debe confundirse tampoco lo que he denominado como marco público de la moralidad con el marco moral. Este último se identifica con el dinamismo de la libertad y sus presupuestos, mientras que el primero aparece ya con unos contenidos determinados representados por los derechos poseyendo una dimensión pública y social. Es decir, la teoría de los derechos presupone una determinada idea de lo moral, que he llamado como marco moral, representado por el recurso al dinamismo de la libertad y sus presupuestos. E igualmente maneja una idea de moralidad circunscrita al ámbito público que se conecta con el Derecho, en donde tienen cabida los derechos y la libertad ético-social, y que he denominado como marco público de moralidad. Este último marco, y por tanto los derechos presuponen al primero, pero es en el marco público de moralidad, esto es en la ética pública, donde los derechos se desenvuelven.

La determinación de aquello que puede constituir un plan de vida aceptable en la sociedad desde el presupuesto de la libertad de elección y sus exigencias derivadas, exige su puesta en discusión, y esta discusión requiere de una estructura que sirva de justificación a los derechos. En este sentido el marco moral público se abre a las teorías del discurso en el sentido de adoptar procedimientos para la deliberación y la toma de decisiones, apoyadas en la idea del consenso (no entendido como un consenso fáctico, que se realiza en un determinado momento y no evoluciona, sino como un consenso dinámico y abierto).

Pues bien, en este punto, aparece otra proyección de la igualdad, que no es otra que la igual consideración de los sujetos morales en el discurso sobre los derechos. La exigencia del respeto a la libertad de elección en el ámbito del dinamismo de la libertad, exige situar a todos los sujetos en iguales condiciones para la determinación de los instrumentos que permitan el logro de una vida humana digna.

¹³ Vid. R. DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos*, cit., pp. 47 y ss.

La idea de igualdad es pues consustancial al propio discurso de los derechos. Señalé al comienzo como ésta idea se desenvolvía al hilo de la diferenciación. Pues bien, desde un punto de vista teórico, y en el marco de una teoría de los derechos, es posible defender tres grandes principios en el ámbito de la diferenciación:

- a) Una teoría integral de los derechos justifica la diferenciación que pretenda satisfacer necesidades básicas de los individuos.
- b) Una teoría integral de los derechos justifica la diferenciación que pretenda situar a los individuos en idénticas condiciones en el ámbito de la discusión moral y política.
- c) El disfrute de los derechos debe estar abierto a todos si bien pueden establecerse diferencias que, en virtud de los diferentes tipos de desigualdad, atendiendo al contexto en el que estos se desenvuelven, y teniendo en cuenta diferentes criterios de distribución en ellos presentes, sean aceptados por la mayoría de sujetos racionales implicados.

Así, el examen de la razonabilidad, esencial como señalé cuando abordamos la aplicación del principio de igualdad, debe ajustarse a estos límites, lo que significa que siempre será razonable aquella medida que aun diferenciando pretenda satisfacer una necesidad básica y mantener la capacidad de elección o que pretenda situar en igual situación de poder a unos determinados individuos que no lo están. Y a partir de aquí, también será razonable aquella medida que, atendiendo a circunstancias que provocan desigualdad, al contexto y a los criterios posibles de distribución, sean aceptadas por los sujetos implicados.

Dignidad, capacidad y posibilidad: la vida humana digna

A partir de aquí, y en relación con el tema que nos ocupa, es necesario introducir, en coherencia con lo anterior, en este discurso, una serie de reflexiones que señalaré de forma desordenada y esquemática. Todas y cada una de ellas parten de dos ideas muy básicas susceptibles de ser descritas a través de los términos diferencia y posibilidad: La reflexión sobre la dignidad humana debe ser consciente de la existencia de una desigualdad de hecho entre los suje-

tos morales, en lo referente tanto a la calidad como al ejercicio de esas capacidades, a las que antes aludí y que vienen determinando el sentido de la dignidad humana.

La cuestión del talento

Aunque se entiende que todos los individuos considerados como sujetos morales poseen las capacidades que he venido señalando, se asume que no todos cuentan con el mismo talento. Y esta diferencia en el talento puede ser relevante en la discusión moral y jurídica (recuérdese como se lleva a cabo el reparto de algunos bienes a través de los principios del mérito y la capacidad), si bien, esa relevancia debe hacerse siempre bajo una serie de exigencias, entre las que destacan dos.

Por un lado, la importancia de cuestionarse una relación, a veces presente, entre talento y dignidad, esto es, la idea de que a mayor talento (o si se prefiere a mayor capacidad de razonar, sentir y comunicarse) mayor dignidad. Creo que es posible afirmar, con las matizaciones que más adelante introduciré, que la posesión de talento a la hora de llevar a cabo el uso de nuestras capacidades puede tener como resultado una vida más digna (aunque también puede no tener este resultado), pero una vida más digna no implica una mayor dignidad. La dignidad será la misma y, en todo caso, si tanto la dignidad como el logro de una vida humana digna se valoran positivamente, lo que habrá que hacer es potenciar la posibilidad de adquirir y perfeccionar esos rasgos y con ello remover los obstáculos que dificultan su logro. Como ya fue señalado antes, es posible hablar de una vida humana digna cuando el ejercicio de las capacidades que definen la idea de dignidad humana se lleva a cabo de manera satisfactoria para el sujeto en cuestión. Y esto implica que, aunque el logro de una vida humana digna sea algo eminentemente subjetivo e individual (como más adelante señalaré), existen una serie de condicionantes objetivos, representados precisamente por el respeto y el valor de las capacidades (independientemente de su calidad, esto es, del talento) que definen la idea de dignidad humana, sin los cuales la vida humana digna no podrá alcanzarse.

Por otro lado, la importancia de tomar conciencia de que los talentos se proyectan en capacidades concretas pero es difícil que ten-

gan una proyección en todas y cada una de las capacidades. Dicho de otra manera, es posible encontrarnos con sujetos que tienen más desarrolladas unas capacidades que otras, y es posible afirmar que ese desarrollo debe tener consecuencias sociales. No obstante, es difícil mantener que unas capacidades valgan más que otras en un contexto general y, sobre todo, que eso implique una mayor dignidad. Este tipo de consideraciones vuelven a relacionar la idea de dignidad con la utilidad y el papel del individuo en la sociedad. Y como ya he señalado, esta relación no debe establecerse. Pero además, y como dije también antes, la diferencia en las capacidades de razonar, sentir o comunicarse no debe repercutir en la capacidad moral (esto es, en la capacidad para alcanzar un plan de vida). Y si lo hacen, esto debe servir para justificar medidas que intenten paliar esta repercusión y lograr el ejercicio y desarrollo de la capacidad moral y no para entorpecerlo.

La potencialidad de las capacidades

Esta reflexión nos obliga a tener en cuenta la existencia de individuos que pueden tener disminuidas sus capacidades para razonar, sentir y comunicarse de un modo temporal o transitorio. Citaré un ejemplo, tal vez problemático y que seguramente no sirva como modelo general de lo que estoy hablando pero que si nos puede proporcionar una cierta idea: se trata de los menores. Tradicionalmente se considera, cuestión muy discutible, que los menores tienen disminuida (no desarrollada) su capacidad para razonar. Si utilizásemos el modelo de individuo del que antes hablé sin matices, nos veríamos obligados a afirmar que el menor no tiene dignidad o que la tiene disminuida. Sin embargo, pensamos en el menor como un ser digno en el sentido de que, en condiciones normales, alcanzará un determinado grado de capacidad. De este modo, consideramos justificado emplear medios para lograr ese desarrollo. Esta reflexión puede proyectarse en aquellos que tienen disminuida su capacidad de una manera temporal, pero también en aquellos cuya disminución de la capacidad es algo producido desde fuera o por una acción externa reparable. Más adelante, al hablar de la posibilidad volveré sobre esto.

La autonomía en la capacidad

Esta reflexión llama la atención sobre el carácter eminentemente subjetivo que posee el logro de una vida humana digna y, de esta forma, sobre la necesidad de huir de estereotipos que condicionan la aceptabilidad de ciertos planes de vida. De nuevo utilizaré el ejemplo del menor. Como ha descrito en sus investigaciones sobre los derechos de los niños Ignacio Campoy, en los últimos años se ha ido de alguna manera disminuyendo esa apreciación del menor como sujeto incapaz, concediendo importancia a sus opiniones y a sus intereses, en definitiva valorándolo como un sujeto autónomo (al menos relativamente). El menor, aun considerándolo como un sujeto con su capacidad disminuida, posee capacidad moral en el sentido de que orienta su existencia hacia el logro de planes de vida. Pues bien, creo que estas consideraciones son trasladables a otros sujetos que se encuentran en situaciones de discapacidad. El llamado principio de vida independiente abunda en esta consideración. En la Ley española 51/2003, se define este principio como “la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

La consecución de planes de vida, esto es, el logro de una vida humana digna o, si se quiere, el libre desarrollo de la personalidad, es algo que le corresponde determinar a cada individuo desde su propia autonomía moral. Y esta vida humana digna necesita de la satisfacción de una serie de exigencias y necesidades, que se presentan como instrumentos necesarios para ello. Esta es, precisamente, una de las funciones de los derechos, permitir un igual desarrollo independiente de la autonomía individual.

Por otro lado, y en conexión con lo anterior, dado que el logro de una vida humana digna es algo eminentemente subjetivo, una vez que se remueven los obstáculos y una vez que se reconocen los derechos, debemos desembarazarnos de ciertos patrones ideales que proyectamos sobre ese concepto de vida humana digna y que convierte en indigna y especial, la situación en la que se encuentran ciertos colectivos. Poder caminar, ver, oír o comunicarse son, en las sociedades contemporáneas, auténticas ventajas, por lo que es nece-

sario facilitar esa posibilidad a los que no la tienen satisfecha. Pero, al mismo tiempo, es importante advertir sobre la posibilidad de alcanzar una vida humana digna teniendo disminuidas esas capacidades, siempre y cuando tengamos en cuenta el valor de la autonomía y la independencia de los sujetos.

Independencia y posibilidad

Algunas de las reflexiones anteriores exigen conectar el discurso sobre la dignidad con la posibilidad. La capacidad esta irremediablemente conectada a la posibilidad, pero no debe ser confundida con ella. Dicho de otra manera, una cosa es tener capacidad para razonar, para sentir y para comunicarse y otra, bien distinta, es tener la posibilidad de razonar, sentir y comunicarse.

Es sabido que los derechos han sido considerados tradicionalmente como límites al poder político. Hace tiempo, en un pequeño libro señalaba como esa idea debía matizarse en varios sentidos¹⁴. Me interesa aquí resaltar dos. La primera matización tiene que ver con la constatación de que en muchos casos, la transgresión de los derechos o las barreras para su disfrute, no provienen del poder político sino más bien de la sociedad o de los particulares; la segunda, con la constatación de que, en muchos casos, la historia de los derechos ha consistido en una lucha no contra el poder político sino contra otros tipos de poderes y fuerzas, entre las que están lo que podríamos denominar como fuerzas de la naturaleza (la escasez puede servir de ejemplo). Pues bien, me parece que ambas matizaciones adquieren un sentido importante en el ámbito de la discapacidad. Es importante luchar contra aquello que provoca la imposibilidad, ya sea algo “natural” o algo que hemos construido. En muchos casos, la incapacidad (revestida como imposibilidad), es fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico sino también intelectual. De ahí la importancia de algunos de los principios destacados al comienzo y, en especial, de la accesibilidad universal, del diseño para todos y de la transversalidad.

En este sentido, resulta siempre necesario analizar el origen de la diferencia en el talento, en el sentido de examinar por qué se produce y si es una consecuencia natural o construida. Respecto al tema que nos ocupa, es importante ser conscientes de que el sujeto capaz y con talento puede serlo porque ha tenido acceso a cosas que el sujeto discapacitado o que el sujeto sin talento no ha podido acceder. Con carácter general puede ser traída aquí a colación la reflexión sobre la escasez en el ámbito de los derechos, pero también, algo más directamente relacionado con las personas con discapacidad y que tiene que ver con el diseño de una sociedad desde unos referentes que nunca tuvieron en cuenta a estos colectivos y que cuando lo hizo fue considerándolos como sujetos no portadores del rasgo de la autonomía moral (cuando en realidad se trata de sujetos a los que se imposibilita el ejercicio de dicha autonomía).

Desde estas matizaciones, los agentes relevantes en la discusión moral, en el ámbito del discurso de los derechos, deben ser los capaces pero incluyendo en esta categoría a los que tienen algún tipo de problema para desarrollar su racionalidad, su sentimiento y su comunicación (que finalmente somos todos los seres humanos), y por lo tanto a los que cuentan con dificultades para el desarrollo de su capacidad moral. O dicho de otra manera, el sujeto moral es aquel que, de alguna manera, cuenta con la posibilidad –actual o potencial, en grado mínimo o máximo, de un modo o de otro– de razonar, sentir y comunicarse, y de dirigir estas facultades hacia el logro de un determinado plan de vida. Así, el marco de la discusión moral está presidido por el valor que se concede a dichas capacidades y posibilidades en la búsqueda de un plan de vida (en el desarrollo de la capacidad moral).

Y este marco formal, que como ya señalé posee unas fuertes dimensiones de subjetividad, posee no obstante una serie de exigencias de índole objetivo y material, como son, la obligación de respetar esas capacidades y posibilidades y la obligación de favorecer su mantenimiento (obligación ésta que puede presentarse como la exigencia de satisfacer las necesidades básicas de los agentes morales). La idea de dignidad humana, expresada de esta manera, trae consigo estas exigencias, que tienen que presidir el discurso de los derechos y que lo hacen inteligible. Es este el punto de conexión entre dignidad humana y vida humana digna. Esta última sólo puede

¹⁴ Vid. R. DE ASÍS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

alcanzarse cuando se respetan los rasgos definitorios de la dignidad y su ejercicio; cuando se alcanza una satisfacción razonable de un plan de vida.

5. LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN: LA IMPORTANCIA DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS

A pesar de que existen medidas jurídicas dirigidas a disminuir las desventajas sociales de las personas con discapacidad, y a pesar de que es posible manejar una teoría de los derechos que aborde de una manera mínimamente coherente la cuestión de los derechos de las personas con discapacidad, no hay duda de que se trata de un colectivo discriminado.

La teoría de los derechos debe reaccionar ante la situación en la que se encuentran las personas con discapacidad y, en este sentido, se le presentan tres caminos: el de la prohibición de la diferenciación negativa; el de la justificación de la diferenciación positiva; y el del diseño de una educación basada precisamente en sus propios postulados.

La prohibición de la diferenciación negativa supone restringir toda acción que tenga como resultado directo o indirecto una insatisfacción de los derechos humanos por razón de ser persona con discapacidad. Se trata de un camino que permite abordar la realidad del momento pero que no sirve para tratar en su totalidad este fenómeno. En todo caso, aunque se trata de un camino muy transitado, no es un camino seguro, en el sentido de que no garantiza la desaparición del fenómeno de la discriminación.

La justificación de la diferenciación positiva supone admitir como razonables medidas que tienen como destinatario el colectivo variopinto de personas con discapacidad y que están orientadas tanto a la satisfacción de las necesidades, cuanto a su inclusión en los ámbitos de poder jurídico y político. En este caso, se trata de políticas que abordan el fenómeno a medio plazo. En todo caso, es un camino menos transitado que el anterior pero sin embargo más seguro (aunque no totalmente).

El diseño de una educación basada precisamente en los derechos humanos implica concienciar de la importancia de la dignidad hu-

mana y del igual valor de los seres humanos. Obviamente este es un camino largo cuyos frutos no son inmediatos. En todo caso es el camino más seguro.

Se trata de tres caminos que deben ser transcurridos a la vez y que se necesitan entre sí, pero siendo conscientes de que el más seguro es el de la educación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, destaca en su Preámbulo, entre las causas de las ofensas a la dignidad humana, el desconocimiento, menosprecio y desprotección de los derechos fundamentales. Asimismo en este preámbulo se proclama, literalmente, a la Declaración "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales...". En este sentido su artículo 26.2 señala: "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz".

La enseñanza de los derechos humanos es el medio mejor para que estos puedan ser comprendidos y defendidos tanto por sus titulares como por los encargados de su reconocimiento, garantía y promoción. La falta de resistencia frente a situaciones de violación de valores fundamentales es provocada, en muchas ocasiones, por falta de conocimiento al respecto.

Dentro de esta enseñanza podríamos distinguir dos aspectos principales, ambos de singular importancia en la comprensión y defensa de los derechos, y que podríamos denominar como el aspecto teórico y el práctico. Pues bien, el aspecto teórico permite comprender que los derechos fundamentales no pueden partir de la nada sino que tienen que estar sustentados por una serie de valores que sean susceptibles de justificar y explicar. El plano teórico tiene que incidir sobre dos puntos básicos como son, por un lado, la descripción del proceso histórico seguido por la idea de la dignidad

humana teniendo en cuenta tanto las corrientes de pensamiento como los distintos textos escritos, y por otro, la explicación de las diferentes aproximaciones conceptuales y fundamentaciones con las que se intenta justificar o apartar estos valores. El estudio de estos problemas permite comprender los derechos, defender su significado con razones y poseer argumentos con los que denunciar sería y coherentemente su transgresión o su olvido. Se trata por tanto de cuestiones que poseen gran importancia para la praxis.

Una forma mejor de proteger los derechos humanos no radica sólo en el establecimiento de técnicas jurídicas destinadas a servir como garantía de los mismos, sino también en respaldarlos con buenos argumentos a la hora de fundamentarlos, delimitarlos y defenderlos, y esto se consigue mediante el desarrollo y el apoyo de la enseñanza de los derechos. La promoción de una cultura basada en la exaltación de la dignidad humana, de una cultura de la libertad, la igualdad y la solidaridad, en definitiva, de una cultura de los derechos, desde la que sea posible responder a los grandes problemas de la humanidad, no puede lograrse sin el apoyo y desarrollo de una enseñanza, no sólo presidida por esos referentes, sino además, que permita entenderlos y justificarlos.

Así, y en lo que al tema que nos ocupa, dejando a un lado una cuestión esencial como es la de la necesidad de promover el acceso a la educación de las personas con discapacidad (aspecto normalmente presente en estas discusiones), sólo señalaré que la educación, en su proyección sobre la discapacidad, debe tener dos grandes sentidos. El primero de ellos debe ir en la línea de favorecer la interiorización de esa idea de dignidad y de vida humana digna de la que hablé, y que en definitiva implica considerar a la persona con discapacidad como sujeto moral. Y este sentido se proyecta tanto en la persona con discapacidad (algo que considero enormemente relevante y que, a veces, no es tenido en cuenta) cuanto en las personas que no pertenecen a este colectivo. El segundo debe ir en la línea de mostrar la relevancia y el valor de los sujetos que, por alguna circunstancia, puedan quedar fuera de esa idea básica de sujeto moral. Uno de los objetivos de la educación deber ser el de concienciar sobre la relevancia de estos sujetos, hacer sentir su importancia, en definitiva, que sean objeto de interés para el sujeto moral. En todo caso, el camino de la educación es siempre un camino lento. Por eso, adquiere enorme sentido el camino del Derecho. Eso sí, de un Derecho sólidamente fundamentado.